

REFORMA DO ESTADO, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS E FEDERALISMO

GILBERTO BERCOVICI*

JOSÉ MARIA ARRUDA DE ANDRADE**

LUÍS FERNANDO MASSONETTO***

RESUMO

O presente texto busca analisar, de maneira crítica, as transformações jurídicas operadas na periferia do capitalismo na modelagem da prestação de serviços públicos durante a década de 1990. Sob um enfoque multidisciplinar, a partir do objeto de estudo de seus autores, pretende-se um primeiro esforço de compreensão de tais transformações e sua repercussão na formação de fundos públicos e implementação crescente de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico.

Palavras-chave: Reforma do Estado. Prestação de Serviços Públicos. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. Federalismo. Fundos Públicos. Patrimonialismo.

* Professor Associado do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

** Doutor pelo Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor universitário e advogado em São Paulo.

*** Doutorando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

APRESENTAÇÃO

Tendo em vista que o presente texto¹ parte de uma análise de base histórica, é fundamental explicitar algumas premissas que foram consideradas na sistematização das discussões e na formatação do presente texto. A primeira e talvez a mais importante, pela redução do objeto proporcionada, é que as transformações jurídicas operadas na periferia do capitalismo, na modelagem da prestação de serviços públicos, decorreram da crise fiscal do Estado e das estratégias de estabilização calcadas na produção sucessiva de resultados positivos de execução orçamentária, excluído o pagamento de juros (superávit primário).

De modo que não é possível compreender as transformações nos serviços públicos e a densificação de sua regulação sem compreender a estratégia de gestão fiscal subjacente. Neste aspecto, cabe uma nota crítica das discussões sobre a nova regulação, que avaliam a questão em perspectiva macroeconômica exclusivamente como justificativa do objeto em estudo. Em uma perspectiva crítica, a compreensão da estratégia fiscal que subjaz o novo modelo de regulação dos serviços públicos evidencia a arbitragem de ganhos e perdas do atual estágio do capitalismo, tornando possível o estudo do assunto sem reduzi-lo a mera expressão ideológica.

A partir desta premissa e do balanço preliminar de ganhos e perdas neste processo, pretende-se avançar sobre uma questão muito cara aos estudiosos das instituições brasileiras: o patrimonialismo. Ainda que preliminarmente, pretende-se demonstrar que a nova regulação constitui uma atualização da apropriação privada do fundo público, dando base a um patrimonialismo redivivo, a um patrimonialismo moderno.

Por fim, pretende-se uma análise da majoração e da crescente instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico como estratégia fiscal de concentração federal de recursos e de manipulação de fundos públicos apartados do orçamento, instituição e majoração essas muitas vezes totalmente desvinculadas das premissas teleológicas adotadas na justificativa legislativa de sua criação.

E, como ponta de lança desta análise, é importante realçar as bases da discussão sobre o viés do federalismo, apreendido como estratégia de desenvolvimento nacional estabelecida na Constituição da República. A relação entre o novo modelo

1 Trechos desse texto foram apresentados, sob o título “Regulação, Federalismo e Integração Econômica: Elementos para um Novo Debate” no Projeto CAPES/COFECUB 439/03 “Serviço Público e Integração Regional: União Européia e Mercosul”, em 15/01/03, na Universidade de Paris I Panthéon Sorbonne. Prof. Coord. Gérard Marcou. Prof. coord. brasileiro: Eros Roberto Grau.

e a Federação também constitui importante elemento de elaboração teórica, justificado por suas possibilidades de compreensão do fenômeno e pelos desdobramentos críticos da análise.

I

Com a crise econômica iniciada na década de 1970, o Estado Intervencionista (ou Estado Social) começou a ser questionado e combatido. A idéia, hoje praticamente consensual em muitos meios, de “crise fiscal” do Estado Social foi desenvolvida pelo americano James O’Connor, em 1973. Para O’Connor, seriam contradições inerentes ao Estado capitalista a obrigação de se preocupar, ao mesmo tempo, com a acumulação do capital e a sua legitimação. Desta maneira, o Estado deve garantir e incentivar o sistema econômico capitalista e, simultaneamente, executar uma série de políticas públicas de cunho social para se legitimar. A acumulação de capital e as despesas sociais, enquanto processo contraditório, originariam crises econômicas, políticas e sociais, graças à tendência dos gastos estatais crescerem mais rapidamente do que a capacidade do Estado em financiá-los adequadamente.² Assim, desde a análise clássica de O’Connor, os problemas de financiamento do Estado Social, embora possuam soluções financeiras ao menos teóricas, são os mais atacados pelos seus opositores.³

O papel do Estado na economia é cada vez mais contestado.⁴ Propõe-se um Estado neoliberal, pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, a economia de mercado determina as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental.⁵ Para tanto, o que vem ocorrendo é a concretização de profundos cortes setoriais. Busca-se eliminar serviços e prestações específicos, dirigidos a algum setor

2 James O’CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, St. Martin’s Press, 1973, pp. 6-10 e 40-42.

3 Francisco José Contreras PELÁEZ, *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, pp. 147-149. Para o caso brasileiro, vide José Luís FIORI, “Reforma ou Sucata? O Dilema Estratégico do Setor Público Brasileiro” in *Em Busca do Dissenso Perdido: Ensaio Crítico sobre a Festejada Crise do Estado*, Rio de Janeiro, Insight, 1995, pp. 107-109 e José Luís FIORI, “Por uma Economia Política do Estado Brasileiro” in *Em Busca do Dissenso Perdido cit.*, pp. 151-154. Ainda sobre a crise fiscal do Estado, vide José Eduardo FARIA, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 116-128.

4 Neste sentido, vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 4ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 22-23, 30 e 36-38.

5 Cf. José Eduardo FARIA, *O Direito na Economia Globalizada cit.*, pp. 177-182. O fim do Estado Nacional, para Paulo Nogueira Batista Jr é um dos vários mitos da globalização. Vide, especialmente, Paulo Nogueira BATISTA Jr, “Mitos da ‘Globalização’”, *Estudos Avançados*, vol. 12, nº 32, São Paulo, EDUSP, janeiro/abril de 1998, pp. 154-163 e 181.

social não majoritário com pouca ou nenhuma capacidade de reagir ou buscar uma resistência bem-sucedida.⁶

Ao mesmo tempo, o Estado vem sendo reformado para promover o descomprometimento público em relação à economia, por meio da privatização, liberalização e desregulação, buscando a substituição do Estado Intervencionista por um Estado Regulador.⁷ Com o Estado Regulador, o Estado deixa de prestar o serviço público monopolisticamente e passa a regular a sua prestação, fiscalizando e garantindo a sua universalização. O Estado não deve ser mais o executor direto das atividades econômicas (inclusive os serviços públicos,⁸) mas apenas interfere indiretamente, regulando estas atividades. Segundo Vital Moreira, há uma relação inversa entre a atividade econômica do Estado e sua atividade regulatória: a redução do papel do Estado normalmente implica no aumento da regulação.⁹

Esta foi a lógica da chamada “Reforma do Estado”, promovida no Brasil entre 1995 e 2002,¹⁰ especialmente por meio de emendas à Constituição de 1988 e a criação de novos órgãos públicos, chamados de “agências”, imitando a estrutura administrativa norte-americana. A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, especialmente buscou instituir a chamada “Administração Gerencial”, cuja preocupação se dá em

6 Francisco José Contreras PELÁEZ, *Defensa del Estado Social cit.*, pp. 168-171. No caso brasileiro, este tipo de política buscou atingir diretamente o funcionalismo público e os aposentados e pensionistas, principais prejudicados com as mudanças instituídas pelas Emendas Constitucionais nº 19 e nº 20 à Constituição de 1988.

7 Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, pp. 43-45. Vide também Vinícius Marques de CARVALHO, “Regulação de Serviços Públicos e Intervenção Estatal na Economia” in José Eduardo FARIA (org.), *Regulação, Direito e Democracia*, São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, pp. 13-15.

8 Para o entendimento do serviço público como espécie da atividade econômica em sentido amplo, concepção adotada neste texto, vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 130-148. Cumpre, ainda, ressaltarmos que no decorrer deste texto, damos ênfase aos serviços públicos definidos constitucionalmente que foram objeto do processo de privatização, especialmente nas áreas de infra-estrutura, telecomunicações e energia, como telefonia, eletricidade, gás, etc.

9 Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*, reimpr., São Paulo/Brasília, Ed.34/ENAP, 2002, pp. 38-40; Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 166-168 e 183-185 e Vital MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública cit.*, pp. 37-39.

10 Para uma análise da crise do Estado Desenvolvimentista brasileiro e de seus instrumentos de planejamento e intervenção direta na economia, especialmente sob a ótica da crise de financiamento, vide Rui de Britto Álvares AFFONSO, “A Ruptura do Padrão de Financiamento do Setor Público e a Crise do Planejamento no Brasil nos Anos 80”, *Planejamento e Políticas Públicas* nº 4, Brasília, IPEA, dezembro de 1990, pp. 37-66.

termos de eficiência e resultados, transplantando mecanismos da iniciativa privada para a Administração Pública e pautando a atuação do Estado pelo mercado.¹¹

Os objetivos da Reforma Gerencial, segundo um de seus formuladores, o ex-Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, são aumentar a eficiência e a efetividade dos órgãos estatais, melhorar a qualidade das decisões estratégicas do governo e voltar a Administração para o cidadão-usuário (ou cidadão-cliente). A lógica da atuação da Administração Pública deixa de ser o controle de procedimentos (ou de meios) para ser pautada pelo controle de resultados, buscando a máxima eficiência possível. Para tanto, um dos pontos-chave da Reforma é atribuir ao administrador público parte da autonomia de que goza o administrador privado, com a criação de órgãos independentes (as “agências”) da estrutura administrativa tradicional, formados por critérios técnicos, não políticos.¹²

Uma das propostas principais da Reforma do Estado foi, também, a privatização das empresas estatais brasileiras. A privatização, no Brasil, foi associada à delegação de serviços públicos à iniciativa privada. Com a venda das empresas estatais que detinham o monopólio da prestação do serviço público, transferiu-se, conjuntamente com a propriedade da empresa, a execução do serviço.¹³ A regulação passou a ocorrer de dois modos distintos: a regulação contratual, ou seja, por meio do contrato de concessão entre o órgão regulador e o particular prestador do serviço público; e a regulação econômica setorial (*economic regulation*), através do controle e fiscalização da prestação do serviço desempenhada pela atuação da “agência” reguladora do setor.¹⁴

11 Adriana da Costa Ricardo SCHIER, *A Participação Popular na Administração Pública: O Direito de Reclamação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pp. 129-154. Devemos ressaltar que a “Reforma Gerencial” da Administração Pública brasileira foi promovida “de fora para dentro”, obedecendo às diretrizes dos órgãos de financiamento internacionais, que exigiam uma estrutura administrativa “mais confiável” para que o país pudesse atrair investimentos e capitais estrangeiros. Cf. Maria Paula Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 29-30.

12 Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania cit.*, pp. 109-126. Para uma crítica ao gerencialismo da Reforma do Estado implementada no Brasil, vide, entre outros, Maria Paula Dallari BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas cit.*, pp. 32-34.

13 Vinícius Marques de CARVALHO, “Regulação de Serviços Públicos e Intervenção Estatal na Economia” *cit.*, p. 16.

14 Vinícius Marques de CARVALHO, “Regulação de Serviços Públicos e Intervenção Estatal na Economia” *cit.*, pp. 17-20. Para La Spina e Majone, a *economic regulation* corrige defeitos internos ao mercado para garantir o seu normal funcionamento, ou seja, busca a eficiência econômica do mercado regulado. Já a *social regulation* tem uma perspectiva normativa, buscando corrigir efeitos colaterais ou externalidades da atividade econômica em campos como a saúde, meio ambiente, segurança no local de trabalho e direitos do consumidor. Não se trata de política social, mas de atendimento de alguns interesses difusos que podem atrapalhar o bom

Em termos federativos, a crise financeira do Estado e a instabilidade econômica do período da redemocratização acabaram minando as bases de sustentação de um projeto de desenvolvimento que continuasse a soldar o pacto federativo brasileiro.¹⁵ Além disto, desde 1994, vem sendo implantado um programa de estabilização econômica (Plano Real), cujos pilares básicos são, como vimos, a Reforma do Estado, com políticas de privatização, desregulamentação e de controle de gastos e redução do déficit público.

Como a autonomia política e financeira dos entes federados constitui um entrave às metas federais de ajuste fiscal, há, desde este período, uma forte tendência à centralização, com a crescente reconcentração de receitas na órbita federal.¹⁶ Privados de recursos federais, por meio de transferências ou investimentos diretos da União, os Estados e Municípios, também em crise financeira, lançaram-se em uma luta fratricida de captação de recursos da iniciativa privada: a “guerra fiscal”.¹⁷ Estas são duas principais características do federalismo brasileiro pós-1988: ao invés da coordenação e cooperação previstas no texto constitucional, o que se constata é a recentralização de receitas na órbita federal e a disputa cada vez mais acirrada entre os entes federados.

Além da reconcentração de recursos junto à União, o fortalecimento do Governo Federal dá-se também, entre outros motivos, devido à forte crise financeira dos Estados, agravada pela concentração tributária na esfera federal, que passaram a depender mais do Poder Central. A elevação das taxas de juros como um dos instrumentos de sustentação do plano de estabilização econômica onerou, pesadamente, o endividamento dos Estados, que foram forçados a reestruturar os bancos estaduais e a renegociar suas dívidas com a União.¹⁸

funcionamento do mercado. Cf. Antonio LA SPINA & Giandomenico MAJONE, *Lo Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 38-48.

15 Para uma análise histórica da formação e evolução do federalismo no Brasil, vide Gilberto BERCOVICI, “The Autonomy of States in Brazil: Between Federalism and Unitary Government” in Marcelo NEVES & Julian Thomas HOTTINGER (orgs.), *Federalism, Rule of Law and Multiculturalism in Brazil*, Basel/Gênève/München, Helbing & Liechtenhan, 2001, pp. 25-56.

16 Vide, especialmente, Francisco Luiz C. LOPREATO, “Um Novo Caminho do Federalismo no Brasil?”, *Economia e Sociedade* nº 9, Campinas, Instituto de Economia da UNICAMP, dezembro de 1997, pp. 97-103.

17 Sobre a “guerra fiscal”, vide Andrés RODRÍGUEZ-POSE & Glauco ARBIX, “Estratégias do Desperdício: A Guerra Fiscal e as Incertezas do Desenvolvimento”, *Novos Estudos* nº 54, São Paulo, CEBRAP, julho de 1999, pp. 55-71 e Sérgio PRADO & Carlos Eduardo G. CAVALCANTI, *A Guerra Fiscal no Brasil*, São Paulo/Brasília, FUNDAP/FAPESP/IPEA, 2000.

18 Lourdes SOLA, Christopher GARMAN & Moises MARQUES, “Central Banking, Democratic Governance and Political Authority: The Case of Brazil in a Comparative Perspective”, *Revista de Economia Política*, vol. 18, nº 2 (70), São Paulo, Ed. 34, abril/junho de 1998, pp. 121-128; Celina Maria de SOUZA, “Intermediação de Interesses Regionais no Brasil: O Impacto do Federalismo e da Descentralização”, *Dados – Revista de Ciên-*

O Governo Federal impôs uma série de exigências para a renegociação das dívidas estaduais. Em primeiro lugar, contrariando totalmente a autonomia política dos Estados, a União exigiu que eles se adequassem à sua política de privatizações, especialmente dos bancos e das companhias energéticas estaduais.¹⁹ Desta forma, todos os Estados que assinaram a repactuação de suas dívidas com a União foram obrigados a concordar com a privatização de suas empresas estatais, além de terem que comprometer, por exigência do Governo Federal, parte da sua receita para o pagamento das dívidas, bem como aderir a um programa de “ajuste fiscal”, no qual se previa, sem qualquer fundamento sólido, um crescimento na arrecadação tributária.²⁰ Os acordos foram firmados de tal maneira que uma esfera (a estadual) parece estar totalmente subordinada à outra (a federal). A relação que deveria ser de coordenação tornou-se uma relação de dominação, violando o pacto federativo.²¹

Além da reestruturação das relações federativas, com a Reforma do Estado, criaram-se duas áreas distintas de atuação para o Poder Público: de um lado, a Administração Pública centralizada, que formula e planeja as políticas públicas. De outro, os órgãos reguladores (as “agências”), que regulam e fiscalizam a prestação dos serviços públicos.²² Isto contraria o próprio fundamento das políticas públicas, que é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado,

cias Sociais, vol. 41, nº 3, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1998, pp. 580-583; Francisco Luiz C. LOPREATO, “Um Novo Caminho do Federalismo no Brasil?” *cit.*, pp. 102-103 e Rui de Britto Álvares AFFONSO, “Descentralização e Reforma do Estado: a Federação Brasileira na Encruzilhada”, *Economia e Sociedade* nº 14, Campinas, Instituto de Economia da UNICAMP, junho de 2000, pp. 138-139 e 144-146. A questão dos bancos estaduais é extremamente relevante, pois indica o “grau de tolerância” da política econômica federal com a autonomia financeira que devem possuir os entes federados, bem como diz respeito à centralização da autoridade monetária no Banco Central. Vide especialmente Lourdes SOLA; Christopher GARMAN & Moises MARQUES, “Central Banking, Democratic Governance and Political Authority: The Case of Brazil in a Comparative Perspective” *cit.*, pp. 115-121 e Rui de Britto Álvares AFFONSO, “A Federação no Brasil: Impasses e Perspectivas” in Rui de Britto Álvares AFFONSO & Pedro Luiz Barros SILVA (orgs.), *A Federação em Perspectiva: Ensaios Selecionados*, São Paulo, FUNDAP, 1995, p. 62.

19 Celina Maria de SOUZA, “Intermediação de Interesses Regionais no Brasil: O Impacto do Federalismo e da Descentralização” *cit.*, pp. 582-583.

20 Francisco Luiz C. LOPREATO, “Um Novo Caminho do Federalismo no Brasil?” *cit.*, pp. 103-107.

21 Vide Rui de Britto Álvares AFFONSO, “Descentralização e Reforma do Estado: a Federação Brasileira na Encruzilhada” *cit.*, pp. 146-148.

22 Cf. Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania* *cit.*, p. 110 e Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos* *cit.*, p. 201.

ou seja, por meio dos serviços públicos.²³ Política pública e serviço público estão interligados, não podem ser separados, sob pena de esvaziarmos o seu significado.²⁴

Sintomática do espírito da Reforma do Estado, ainda, foi a substituição, no texto constitucional, dos beneficiários com os serviços públicos: a coletividade foi substituída pelo usuário. O titular do direito de reclamação pela prestação dos serviços públicos (previsto no artigo 37, §3º da Constituição de 1988) foi alterado pela Emenda nº 19, passando da população em geral para o consumidor. O cidadão, com a “Reforma Gerencial”, é entendido apenas como cliente, como consumidor.²⁵

Apesar disto, o repasse de atividades estatais para a iniciativa privada é visto por muitos autores como uma “republicação” do Estado, partindo do pressuposto de que o público não é, necessariamente, estatal.²⁶ Esta visão está ligada à chamada “teoria da captura”, que entende tão ou mais perniciosas que as “falhas de mercado” (*market failures*), as “falhas de governo” (*government failures*) provenientes da cooptação do Estado e dos órgãos reguladores para fins privados. No Brasil, esta idéia é particularmente forte no discurso que buscou legitimar a privatização das empresas estatais e a criação das “agências”. As empresas estatais foram descritas como focos privilegiados de poder e a sua privatização tornaria público o Estado, além da criação de “agências” reguladoras “independentes”, órgãos técnicos, neutros, livres da ingerência política na sua condução²⁷.

23 Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 238-242 e Maria Paula Dallari BUCCHI, “As Políticas Públicas e o Direito Administrativo”, *Revista Trimestral de Direito Público* nº 13, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 135.

24 Para uma reafirmação do conceito material de serviço público, entendido como atividade indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social em um determinado momento histórico, portanto, concepção adaptada às necessidades de um país subdesenvolvido como o Brasil, vide Eros Roberto GRAU, “Constituição e Serviço Público” in Eros Roberto GRAU & Willis Santiago GUERRA Filho (orgs.), *Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 252-257 e 262-267.

25 Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania cit.*, pp. 109, 111-112, 115, 118-119 e 121-122. Para a crítica desta visão, vide Adriana da Costa Ricardo SCHIER, *A Participação Popular na Administração Pública cit.*, pp. 153-154, 215-217 e 231-237.

26 Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania cit.*, pp. 81-94 e Floriano Peixoto de Azevedo MARQUES Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos cit.*, pp. 174-194. Para a concepção de atividades públicas não-estatais (atividades como escolas, universidades, hospitais, centros de desenvolvimento científico e tecnológico, etc) e das organizações que poderiam gerir estas atividades (chamadas de “organizações sociais”), vide Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania cit.*, pp. 98-101 e 235-250.

27 Vinícius Marques de CARVALHO, “Regulação de Serviços Públicos e Intervenção Estatal na Economia” *cit.*, pp. 20-22. Para a justificativa oficial, vide Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania cit.*, pp. 156-160. Sobre as *market failures* e as *government failures*, vide Antonio LA SPINA & Giandomenico MAJONE, *Lo Stato Regolatore cit.*, pp. 15-17 e 117-126.

Ora, sabemos que as “agências independentes” não são independentes.²⁸ E, conforme iremos demonstrar adiante, a regulação no Brasil não significa a “republicização” do Estado. Pelo contrário, a regulação é uma nova forma de “captura” do fundo público, ou seja, a regulação consiste em um novo patrimonialismo.

II

A noção moderna de serviço público é contemporânea da idéia de Estado Fiscal.²⁹ No bojo do desenvolvimento do capitalismo, a organização do Estado em torno da prestação de serviços públicos não prescinde da existência prévia de um fundo público, isto é, de recursos financeiros aptos a sustentar as crescentes despesas estatais. Seja como financiadora da prestação direta de serviços pelo Estado, seja como garantidora da prestação por delegatários do poder estatal, a emergência da fazenda pública relacionada a tais atividades vincula decisivamente a questão fiscal à prestação de serviços públicos pelo Estado.³⁰

Não é por outra razão que as crises fiscais contemporâneas têm sido constantemente associadas ao crescimento das despesas públicas, na maior parte das vezes motivado pela expansão dos serviços públicos. Na perspectiva liberal, que apregoa a redução da carga tributária e a diminuição do papel do Estado na economia, mesmo na prestação de serviços públicos, a crise fiscal do Estado implica a necessidade de ajustes nas despesas, com a conseqüente delegação de atividades à iniciativa privada, além de redução dos tributos lançados, pela expansão de incentivos concedidos como estímulo à transferência de atividades públicas à iniciativa privada.³¹

28 Sobre o paradoxo “independent agencies are not independent”, vide Cass R. SUNSTEIN, “Paradoxes of the Regulatory State” in *Free Markets and Social Justice*, reimpr., Oxford/New York, Oxford University Press, 1999, pp. 285-286 e 293-294. Para outras críticas ao modelo de “agências” implementado no Brasil, vide Eros Roberto GRAU, “As Agências, Essas Repartições Públicas” in Calixto SALOMÃO Filho (org.), *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 25-28.

29 “O que caracteriza o surgimento do Estado Fiscal, como específica configuração do Estado de Direito, é o novo perfil da receita pública, que passou a se fundar nos empréstimos, autorizados e garantidos pelo Legislativo, e principalmente nos tributos - ingressos derivados do trabalho e do patrimônio do contribuinte -, ao revés de se apoiar nos ingressos originários do patrimônio do príncipe. Deu-se a separação entre o *ius eminense*, e o poder tributário, entre a fazenda pública e a fazenda do príncipe (...)” in Ricardo Lobo TORRES, *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*, Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p. 97.

30 Histórico sintético deste duplo pode ser apreendido em Dominique LORRAIN, “Os Serviços Urbanos, os Mercados e as Políticas” in Claude MARTINAND (org.), *A Experiência Francesa do Financiamento Privado de Equipamentos Públicos*, São Paulo, Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (SEADE), 1996.

31 Sobre a discussão da dimensão do setor público nas Finanças Públicas ver Joseph E. STIGLITZ, *Economics of the Public Sector*, 3ª ed, New York, W.W. Norton & Company, 1999.

No recente debate da reforma do Estado brasileiro, que acompanhou uma política nacional de desestatização, a discussão sobre a relação entre os serviços públicos e os fundos que os mantinham foi feita de maneira oblíqua. Primeiramente, apontou-se uma crise de financiamento e a impossibilidade do Estado continuar dispondo de suas rendas para a manutenção destes serviços. Além de extremamente onerosa, a prestação pelo Estado seria fatalmente ineficiente, pela impossibilidade do fundo público fazer frente às despesas crescentes com o custeio e com a imperativa universalização dos serviços. Além desta crise de financiamento, apontava-se uma ineficiência estatal inata, passível de correção pela prestação dos serviços pelo setor privado. Privilegiando uma visão de excelência dos serviços prestados sob a livre iniciativa, apregoava a destinação do fundo público para as questões essencialmente estatais. Em linhas gerais, dois argumentos sustentavam a política de desestatização: a crise fiscal do Estado e a ineficiência, contingente ou inerente, dos serviços prestados pelo aparato estatal.

Porém, se o fundo público teve importante papel no convencimento e legitimação da política de desestatização, ele foi pouco a pouco sendo relegado a um segundo plano, desvinculando-se, ao menos no debate público, da configuração do novo Estado Regulador. Na estratégia de reforma do Estado adotada, a constituição de um Estado Regulador foi a principal tarefa intentada. Redefinindo o papel do Estado, para além do velho poder de polícia, mas muito aquém do Estado Providência, os novos marcos regulatórios tiveram importante papel no que concerne à relação entre o fundo público e os serviços públicos. Adotando a lógica binária da Teoria dos Sistemas, a nova regulação jurídica pautou-se pela divisão clara de papéis entre o Estado e uma nova instância intermediária criada - as “agências” de regulação. Fragmentando o ambiente da prestação dos serviços, buscou a constituição de microssistemas equilibrados, com o equilíbrio garantido pelas agências de regulação.

Ocorre que em um país com desníveis extremos de renda, tal regulação se equilibra muito mais pelo que exclui do que pelo que realmente atende. De forma que, em relação aos serviços públicos, a lógica regulatória produziu duas espécies de universalização:³² a primeira, a cargo das políticas desenvolvidas no âmbito regulado, que busca o universal como garantia do equilíbrio; e a segunda, a cargo do Estado, que busca o atendimento dos excluídos da prestação dos serviços pela via do mercado. A compreensão do papel do fundo público em cada uma das fases do modo de prestação dos serviços público se torna fundamental, evidenciando que, a despe-

32 Para a discussão da problemática da universalização de serviços públicos vide Diogo COUTINHO, “A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação” in Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação e Desenvolvimento cit.*, pp. 65-86.

to da propalada eficiência e auto-suficiência privada, não se vislumbra a prestação de serviços públicos na ausência do fundo público.

O desenvolvimento da noção de serviços públicos, como atividade de natureza econômica prestada pelo Estado, acompanhou o crescimento das despesas estatais com a oferta de tais bens públicos. Neste período, é inegável a destinação crescente de recursos orçamentários voltados à manutenção e universalização de serviços públicos. Fazendo uso de suas receitas correntes e alavancando despesas com a contratação de operações de crédito ou com o crescimento da dívida pública, o Estado ampliou consideravelmente os beneficiários de tais comodidades estatais. Em linhas gerais, as despesas do Estado com tais atividades podem ser resumidas no custeio dos serviços e nos esforços de universalização das comodidades, seja pela expansão dos serviços seja pela concessão de subsídios.³³

Durante o século XX, a prestação direta de serviços públicos passou a ser acompanhada da delegação de tais atividades, seja a empresas estatais ou sociedade de economia mista constituídas para este fim, seja a grupos privados por intermédio da concessão. Depois de um período de alternância da prestação de serviços diretamente pelo Estado ou por delegatários do poder estatal, no último quartel do século XX, as políticas de desestatização voltaram com muita força, associadas, porém, ao capital financeiro. Beneficiados com o que se convencionou chamar de “globalização”, os fluxos financeiros que transitam ao redor do globo passaram a eleger determinados setores como alvo de novos investimentos. De maneira que, estrangulado pela crise fiscal, muitos Estados optaram pela desestatização de seus serviços, seja com a sua concessão a empresas globais, seja com a alienação de ativos visando ao atingimento de metas fiscais acertadas com estes mesmos investidores.

Porém, se no período anterior a delegação de serviços públicos acabou por onerar os cofres públicos, seja pelo desvio de finalidades das concessões realizadas, seja pelo atendimento de interesses privados com a coisa pública, é inegável a marginalidade da apropriação privada dos fundos públicos em relação ao modelo mais recente. Em tal modelo, a política foi marcada pela predação do fundo público. “Refém” da volatilidade do capital financeiro, o Estado brasileiro levou a contento a sua política nacional de desestatização, consumindo todo o produto da política em sua estratégia de estabilização monetária. Ao fundo público, coube um duplo papel: primeiramente, serviu como estímulo à desestatização. Seja através de preços aviltantes ofertados, seja por incentivos fiscais concedidos, proporcionais ao ágio propositadamente atingido, o Estado abdicou de ingressos futuros em prejuízo da higidez do fun-

33 Ver R. MUSGRAVE & P. MUSGRAVE, *Finanças Públicas: Teoria e Prática*, São Paulo, EDUSP, 1980.

do público, anuindo com a apropriação de parte significativa do fundo público por setores privados. Em segundo lugar, o fundo público, a partir da associação de privatização com a financeirização dos serviços e de seus delegatários, passou a servir como garantia dos investimentos realizados. E, lastreando operações de risco, típicas do mercado financeiro, o Estado passou a ofertar ao setor privado uma das mercadorias mais caras em tempos de globalização financeira: a garantia.

Em relação à garantia, como produto apropriado pelo capital privado, é importante salientar que ela aparece de diversas maneiras. Ora como garantia financeira concreta, ora como garantia de equilíbrio de contrato que produz o fenômeno do capitalismo sem risco, ora com a fragmentação do ambiente de prestação de serviços, garantindo, com a redução dos agentes econômicos e com o equilíbrio do ambiente regulado, a segurança do retorno do capital investido, diminuindo os riscos dos investidores e alavancando, por isso, o capital social das empresas delegatárias do serviço público.

A predação do fundo público na estratégia de reforma do Estado brasileiro não se limitou à constituição de garantia. Para evitar que a fragmentação dos serviços, necessária ao atendimento dos interesses do setor privado, impedisse a universalização dos serviços públicos, foi prevista a criação de fundos financeiros voltados a suportar os investimentos necessários à complementação da expansão promovida pelo mercado. Tais fundos de universalização, em tese, legitimariam o equilíbrio excludente dos ambientes regulados. Assim, à exclusão provocada pelo equilíbrio dos microssistemas regulados, a reforma acenava com uma fonte de financiamento de políticas públicas e de universalização de serviços, para além da disposição do mercado.

Assim, motivado pela lógica financeira, foram criados os fundos de universalização, de modo a separar investimento privado e universalização integral dos serviços públicos. No entanto, a mesma lógica que impôs a fragmentação dos serviços e a plethora de garantias a partir do fundo público implicou a não-execução das receitas integrantes desses fundos.

A estratégia de estabilização monetária, que tornou possível a conversibilidade da moeda e fez aumentar o “interesse” dos investidores internacionais, foi calçada na idéia de garantia, como o cumprimento de metas fiscais, consubstanciadas na produção de superávits primários. A fim de garantir o capital de curto prazo, atraído pelas estratosféricas taxas de juros, o governo passou a perseguir ousadas metas fiscais, com resultados positivos cada vez maiores. Ocorre que tais superávits são, por fim, obtidos com a não-execução das receitas de diversos fundos financeiros estatais, dentre os quais os fundos de universalização. Desta forma, também o fundo público,

que deveria ser destinado à execução concreta de políticas de universalização de serviços públicos, acaba sendo voltado à oferta de garantia ao capital financeiro, restando imobilizado à conta da produção de sucessivos superávits primários.

Vale destacar que, além da questão da ineficiência estatal na prestação de serviços públicos, a ideologia da reforma do Estado, que sustentou as transformações dos anos 1990, apresentou o novo modelo de regulação como superação do Estado burocratizado e do patrimonialismo que lhe era subjacente. A nova regulação, com suas instâncias independentes, equidistantes dos agentes econômicos e do Estado, tornaria possível a gestão impessoal e eficiente, em conformidade com os princípios da Administração Pública. Tanto que, em rápido processo de “*aggiornamento*” nas universidades norte-americanas, a doutrina passou a discorrer, como vimos, sobre a “teoria da captura”, trazendo como novidade um velho conhecido de qualquer estudioso com os olhos na realidade nacional.

Em um Estado há muito capturado por setores privados, a nova regulação nada mais faz do que operar a razão cínica para modernizar a arcaica apropriação do fundo público. A financeirização do Estado e dos prestadores do serviço público, somada a um inegável amadurecimento das instituições democráticas, implicaram uma necessidade de atualização do velho patrimonialismo. Os ganhos econômicos dos participantes das privatizações e de seus agregados mais os resultados das instituições financeiras e dos principais beneficiários do Estado rentista evidenciam uma nova forma de apropriação do fundo público, um novo patrimonialismo.

III

No contexto da análise das reformas administrativas promovidas pelo Poder Executivo Federal, sobretudo quando se foca a questão dos fundos constituídos para o financiamento da regulação e universalização dos serviços privatizados, vale considerar, ainda que brevemente, o formato tributário utilizado para a formação desses fundos, o perfil de sua implementação e possíveis desvios de finalidade.

Os últimos governos federais foram marcados por uma série de medidas tributárias para melhorar a fiscalização e a arrecadação de receitas derivadas. Sucessivamente, vários recordes de arrecadação foram anotados pela Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Foi promovido, ainda, um aumento não só da carga tributária, mas da concentração federal dessa tributação, obtida por meio da majoração da alíquota ou da implementação de novas contribuições, cujas receitas,

constitucionalmente, não são repassadas, geralmente, aos Estados-membros da Federação.

Esta parte do texto serve, portanto, para analisar a utilização de contribuições (espécie tributária) como forma de aumento da carga e da concentração tributária federal e da contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE (sub-espécie) como forma de financiamento de políticas públicas e a constituição de fundos nos moldes apresentados no item anterior.

No sistema constitucional tributário brasileiro hodierno, as contribuições pertencem à região própria do regime dos tributos em geral. Antiga é a discussão acerca da natureza tributária ou não dessas figuras exacionais. No âmbito desse texto, contudo, comporta apenas considerar que as contribuições recebem o tratamento (regime) jurídico próprio dos tributos, independentemente de sua natureza jurídica.³⁴

Historicamente, entretanto, as contribuições surgem no contexto da parafiscalidade e da facilidade de sua criação (já que imune as rígidas regras tributárias e orçamentárias), aliada à necessidade de rápida intervenção/atuação, seja ela social, econômica ou setorial profissional/econômica. Outra vantagem na utilização dessa figura exacional é a desnecessidade de repassar parte da receita arrecada aos Estados-membros, o que acarreta uma maior concentração fiscal federal.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, a comissão constituinte responsável pela elaboração do Sistema Tributário Nacional (arts. 145 a 162) buscou privilegiar a exaustividade das competências tributárias para a implementação de impostos³⁵ (arts. 153, 155 e 156) e buscou limitar as competências extraordinárias e residuais (art. 154), prescrevendo, ainda, de maneira bem detalhada várias limitações ao poder de tributar (arts. 150 a 152, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte).

Já a comissão encarregada dos trabalhos da constituinte, relacionados à Ordem Social, foi outra, que caminhou no sentido de uma concretização de finalidades interventivas voltadas à saúde, à assistência social e à previdência, flexibilizando a ri-

34 No sentido de entender as contribuições como figuras que tem o regime mas não a natureza jurídica tributária, ver Marco Aurélio GRECO, *Contribuições (uma figura “sui generis”)*, São Paulo, Editora Dialética, 2000, pp. 69 e ss. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, no RE 146.733 (Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 6.11.92) e no RE 138.284 (Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso) declarou a natureza tributária das contribuições, aliás, em geral, o critério tem sido mais topográfico do que jurídico.

35 Ver Humberto ÁVILA *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, Editora Saraiva, 2004, p. 109 e ss.

gidez do sistema tributário nacional e algumas garantias, como a da anterioridade,³⁶ impondo, ainda, a solidariedade do custeio da seguridade social.

Não faz parte do objetivo deste texto analisar eventuais divergências entre setores constitucionais ou mesmo definir os limites da flexibilização de garantias do contribuinte no âmbito das contribuições da seguridade social e até mesmo do art. 149, que, no sistema tributário nacional, define a competência para criação das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesses de categorias.

Importa, antes, analisar o aumento da importância das contribuições na política da União, não só pela definição do constituinte de 1988 por uma República Interventiva, mas a partir da diminuição da arrecadação de impostos da União, como o imposto de renda (IR) e o imposto sobre produtos industrializados (IPI) – impostos repassados aos Estados e municípios – e o crescente índice de arrecadação das contribuições – tributos não repassados aos demais membros da federação e que, a partir 1993,³⁷ podem ter suas receitas acumuladas empregadas em outros setores que não aqueles previstos constitucional e legalmente.

Essa crescente arrecadação de contribuições, em detrimento daqueles impostos repassados aos outros entes da federação, acarretou uma concentração federal.

Um bom exemplo desta política de concentração federal de receitas derivadas ocorreu em 2000, quando o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória nº 2.062-60, com a qual elevou, de 15% para 25%, a alíquota do imposto de renda devido na fonte sobre *royalties* pagos ou creditados a pessoas com sede ou domicílio no exterior, igualando, portanto, a alíquota nessas situações à já utilizada nos demais casos de remessas ao exterior. A citada Medida Provisória continha, ainda, a previsão de que a alíquota retornaria ao patamar anterior (15%) tão logo fosse instituída contribuição de intervenção no domínio econômico sobre a remessa de *royalties* para o exterior.

Posteriormente, em 30 de dezembro de 2000, foi publicada a Lei nº 10.168, através da qual instituiu-se

36 O relato sobre o trabalho das duas comissões e as divergências e repercussões pode ser encontrado em José Roberto Rodrigues AFONSO e Érika Amorim ARAÚJO, “Contribuições Sociais, mas Antieconômicas” in Ciro BIDERMAN & Paulo ARVATE, *Economia do Setor Público no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004, p. 271 e ss.

37 Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e, depois, Desvinculação da Receita da União (DRU). Nesse sentido, ver José Roberto Rodrigues AFONSO e Érika Amorim ARAÚJO, “Contribuições Sociais, mas Antieconômicas” cit., p. 273.

contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.

Em outras palavras, criou-se uma falsa harmonização de alíquotas de imposto de renda retido na fonte nas remessas ao exterior (cuja parte da receita seria repassada aos Estados membros) seguida da redução da mesma alíquota em prol da instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), cuja arrecadação não é repassada aos entes da Federação. Esta é, portanto, uma das marcas dos últimos anos do governo federal no Brasil: a crescente utilização de contribuições como forma mais fácil e eficiente de aumento de arrecadação e cumprimento das metas de superávit fiscal impostas pelo FMI ao país.

Outra situação característica desse movimento, que suplantou as fronteiras do governo Fernando Henrique, estando plenamente vigentes no atual governo federal, é a supressão, para vários setores e situações, da cumulatividade da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)³⁸ e do PIS (Programa de Integração Social).³⁹

Se no passado já havia sido providenciada a majoração da alíquota da COFINS (de 2% para 3%) e da base de cálculo do PIS e da COFINS (unificadas e alteradas para qualquer receita, independente de sua classificação contábil),⁴⁰ mais recentemente foram majoradas as alíquotas dessas contribuições (1,65% no PIS e 7,6% na COFINS) e permitidos alguns creditamentos, o que foi nomeado como o fim da cumulatividade daquelas contribuições.

Há, ainda, com relação às contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE's), um verdadeiro processo de redescoberta dessa figura exacional pelos governos federais. Recentemente, foram criadas as seguintes contribuições de intervenção no domínio econômico:

38 A Lei Complementar nº 70, de 31 de dezembro de 1991, com base no artigo 195, I da Constituição Federal de 1988, instituiu a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS. Seus recursos seriam destinados exclusivamente ao custeio das despesas com atividades afins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

39 O Programa de Integração Social - PIS foi instituído pela Lei Complementar nº 07, de 07 de setembro de 1970, com apoio no artigo 165, V da anterior Constituição Federal de 1967, destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

40 Leis 9.715/98 e 9.718/98.

1. contribuição para a pesquisa e desenvolvimento do Setor Elétrico e para Programas de Eficiência Energética no Uso Final (Lei 9.991/2000 com alterações da Lei 10.438/2002);⁴¹
2. contribuição para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST (Lei 9.472/1997, Lei 9.998/2000);⁴²
3. contribuição ao Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – FUNTTEL (Lei 9.472/1997, Lei 10.052/2000);⁴³
4. contribuição para o financiamento do Programa de estímulo à interação universidade-empresa (Lei 10.168/2000 e Lei 10.332/2001);
5. contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional (Medida Provisória nº 2.228/2001 e Lei 10.454/2002);
6. contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados (Lei nº 10.336/2001).

Além dessas, há projetos de lei propondo a criação de outras CIDE'S para:

1. financiar projetos de infra-estrutura nas áreas de atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM e da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE (Projeto de Lei (CD) 03678, de 2000, de autoria do Executivo Federal);
2. contribuição ao Fundo de compensação de competitividade nas importações (Projeto de Lei 4.817/1998);
3. Fundo de financiamento de ações de tratamento aos doentes vítimas de alcoolismo (Projeto de Lei Complementar nº 121/2000);

41 Vide Ricardo Mariz de OLIVEIRA, “Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – Concessionárias, Permissionárias e Autorizadas de Energia Elétrica – Aplicação Obrigatória de Recursos (Lei 9.991)” in Marco Aurélio GRECO, *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins*, São Paulo, Editora Dialética, 2001, pp. 375-431 e Paulo Roberto Lyrio PIMENTA, *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*, São Paulo, Editora Dialética, 2002, pp. 110-112.

42 Sobre essa contribuição, vide Natanael MARTINS “As Contribuições ao FUST e ao FUNTTEL” in Marco Aurélio GRECO, *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins cit.*, São Paulo, Editora Dialética, 2001, pp. 345-356 e Paulo Roberto Lyrio PIMENTA, *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico cit.*, pp. 110-112.

43 Paulo Roberto Lyrio PIMENTA, *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico cit.*, pp. 112-114.

4. Fundo de financiamento de ações de tratamento de doentes vítimas do fumo, cigarro e tabaco (Projeto de Lei Complementar nº 139/2000);⁴⁴

Assim, mediante a listagem das recentes contribuições interventivas criadas, bem como das possíveis vindouras, percebe-se a crescente utilização dessa forma de arrecadação.

Alguns requisitos devem ser lembrados, já que configuram não somente o perfil constitucional das contribuições, mas também os requisitos de validade delas. As contribuições aparecem no artigo 149 da Constituição brasileira de 1988, que estabelece a competência da União Federal para instituir “contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas”, devendo ser atendidos os princípios da legalidade e anterioridade e a necessidade de lei complementar a tratar, genericamente, de matéria tributária”.

A doutrina tributária, tão apegada à enumeração exaustiva de todos os limites da competência impositiva e dos elementos da obrigação fiscal, logo ressaltou a ausência de maiores detalhes quanto às contribuições, e o Poder Executivo, justamente diante desse pano de fundo, tem preferido aumentar sua tributação por meio dessa figura exacional. Lembre-se, ainda, que não há no Código Tributário Nacional brasileiro maiores especificações sobre os limites e as características das contribuições.

O Supremo Tribunal Federal (STF), que já desenvolveu sólida construção jurisprudencial acerca de impostos e taxas, tem se deparado cada vez mais com processos questionando a validade dessas contribuições. Do ponto de vista formal, a principal questão recaía sobre a necessidade ou não de lei complementar (nos moldes do artigo 146, inciso III da Constituição Federal de 1988). A matéria, entretanto, encontrou guarida na Máxima Corte, que definiu a possibilidade de criação de uma CIDE por lei ordinária no julgamento da contribuição ao SEBRAE (RE396.266).⁴⁵

44 Essa lista de projetos de lei aparece no artigo de Natanael MARTINS “As Contribuições ao FUST e ao FUNTEL” *cit.*, p. 347.

45 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. - As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de “outras fontes”, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684. II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de interven-

No âmbito do presente texto, importa tão-somente falar sobre a questão de *referibilidade* da criação de uma CIDE com um Fundo (tendo como pressuposto a autorização constitucional para a intervenção no domínio econômico do setor eleito). Conforme bem desenvolvido pela doutrina brasileira, há o entendimento de que as contribuições devem ter seu controle de constitucionalidade submetido a uma validação finalística (e não condicional), nos termos apresentados por Marco Aurélio Greco,⁴⁶ já que quando

se edita uma norma jurídica para obter um resultado, é porque este resultado ainda não existe. Se o resultado ainda não existe, a diretriz do ordenamento, nestes casos, é de construção de uma realidade nova, de busca de um contexto inexistente, no momento da própria edição da norma.

As técnicas de controle de validade de tributos que, historicamente, se desenvolveram no Brasil dizem respeito ao exame da hipótese de incidência e da base de cálculo (validação condicional). Trata-se da tradicional teoria do fato gerador. O advento das contribuições outrora denominadas especiais ou parafiscais, sobretudo no período marcado pelas grandes guerras mundiais, inaugura outro capítulo na teoria tributária mundial. Isso acontece porque as contribuições têm, como escopo, não o funcionamento estatal ordinário, e sim financiamento de políticas de intervenção e atuação pública em setores delimitados (áreas sociais específicas, domínios econômicos, categorias profissionais, etc).

Dessa forma, o controle de validade dessas contribuições fica atrelado não só à formalidade do dispositivo normativo que a criou (se lei complementar ou não, por exemplo), mas, sobretudo, se se está diante de áreas de atuação permitidas constitucionalmente e se o grupo eleito de contribuintes o pode ser, sem prejuízo do controle da efetiva destinação do produto arrecadado ao setor almejado normativamente.⁴⁷ Daí porque o controle de validade de uma CIDE deve atender a itens como: fim almejado (setor da economia, política pública), o grupo eleito como contribuinte, uma entidade para gerir os recursos arrecadados.

ção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F. III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R.E. conhecido, mas improvido.” *DJ* 27-02-2004 p. 22.

46 Marco Aurélio GRECO, *Contribuições (uma figura “sui generis”)* cit., pp. 119-120.

47 Neste sentido, Helenilson Cunha PONTES, *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2000, p. 153.

Uma ressalva, entretanto, deve ser feita: não é prática comum do Supremo Tribunal Federal realizar esse tipo de análise de mérito dos tributos criados, a atuação dessa Corte tende a ser mais tímida e formal. Um bom exemplo disso é a recente declaração de constitucionalidade das novas contribuições sociais ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS (Lei Complementar nº 110/2001), que foram criadas não para promover políticas sociais na área e sim para cobrir o prejuízo financeiro da derrota judicial da União Federal em processos nos quais se discutiam a correção monetária das contas depositadas na Caixa Econômica Federal.

Nas duas medidas cautelares ajuizadas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIs 2556⁴⁸ e 2568,⁴⁹ ajuizadas respectivamente pela CNI e pelo PSL) a análise ficou apenas quanto aos aspectos formais das contribuições (criação por meio de lei complementar, por exemplo), com exceção do único voto contrário, da lavra do Ministro Marco Aurélio de Mello.

Portanto, a análise da privatização dos serviços públicos e a constituição de fundos para financiar a universalização desses serviços devem ser acompanhadas do cuidado para não desvirtuar a finalidade de uma contribuição de intervenção no domínio econômico, qual seja, arrecadar receita para a efetiva prestação de serviços públicos ou atuação em áreas econômicas específicas.

Torna-se nociva a utilização dos fundos criados para sustentar agências reguladoras como forma de gerar superávit fiscal ou como garantia, nos moldes do item anterior. Por outro lado, a figura da CIDE, quando bem utilizada, permite o financiamento específico de fundos para o financiamento de políticas públicas pré-estabelecidas, o que favorece a idéia de um Estado que atue diretamente nas importantes questões nacionais e não pense a questão financeiro-fiscal como tão-somente metas de superávit a permitir empréstimos junto ao FMI.

IV

Este modelo de Estado Regulador, que vem sendo implementado desde a década de 1990 no Brasil, contrasta com a estrutura federativa prevista na Constituição de 1988, cujos princípios estão fundados na busca da cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional. Em suma, com as mudanças recentes promovidas no Estado

48 DJ 08-08-2003, p. 87, Relator Min. Moreira Alves.

49 DJ 08-08-2003, p. 87, Relator Min. Moreira Alves.

brasileiro, o federalismo cooperativo previsto no texto constitucional de 1988, que poderia renovar as estruturas da Federação brasileira, tem enfrentado sérios obstáculos para a sua concretização.⁵⁰

Nos regimes federais, tradicionalmente, compete à União buscar a redução das desigualdades regionais. No Brasil, a forte presença estatal na economia contribuiu para que o sistema tributário e fiscal ocupe um papel de fundamental importância nas políticas de desenvolvimento regional.⁵¹ Desta maneira, os fundos públicos (receitas tributárias, gastos da União e das estatais federais, incentivos fiscais e empréstimos públicos), são fundamentais nas relações federativas, especialmente em países com enormes disparidades regionais como o nosso. A estruturação federal pressupõe transferência considerável de recursos públicos entre as regiões, fundamentada no princípio da solidariedade.⁵²

Os pressupostos da construção de um Estado Social, como pretende a Constituição brasileira de 1988, com as exigências dos princípios da igualdade e solidariedade, geram obrigações para a União e os entes federados, orientando o exercício das suas diversas competências no sentido da igualação das condições sociais, ou seja, no sentido da homogeneização social:

*O conceito de homogeneização social não se refere à uniformização dos padrões de vida, e sim a que os membros de uma sociedade satisfazem de forma apropriada as necessidades de alimentação, vestuário, moradia, acesso à educação e ao lazer e a um mínimo de bens culturais.*⁵³

A igualdade, assim, recebe uma nova dimensão no federalismo cooperativo: a proibição de discriminação territorial passa a ser um de seus conteúdos essenciais. Ou seja, todos os habitantes de um determinado Estado federal têm direito aos mesmos serviços públicos essenciais, independentemente da região onde estejam. O princípio da igualação das condições sociais de vida significa que os cidadãos das regiões menos desenvolvidas têm o direito de que o Estado providencie para eles a mesma qualidade de serviços públicos essenciais que usufruem os cidadãos das regiões mais desenvolvidas. O que se quer evitar é que a população seja penalizada por

50 Neste sentido, vide também Marcelo NEVES, *Grenzen der demokratischen Rechtsstaatlichkeit und des Föderalismus in Brasilien*, Basel/Fribourg, Helbing & Lichtenhahn/Institut du Fédéralisme, 2000, pp. 3-7 e 47.

51 Celina Maria de SOUZA, “Intermediação de Interesses Regionais no Brasil: O Impacto do Federalismo e da Descentralização” *cit.*, pp. 575-576.

52 Cf. Rui de Britto Álvares AFFONSO, “A Federação no Brasil: Impasses e Perspectivas” *cit.*, pp. 57-58 e Rui de Britto Álvares AFFONSO, “Descentralização e Reforma do Estado: a Federação Brasileira na Encruzilhada”, *cit.*, pp. 132-133.

53 Celso FURTADO, *Brasil: A Construção Interrompida*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 38.

habitar em um ou outro ente da Federação. Para tanto, União e entes federados devem atuar conjuntamente para assegurarem a igualdade na prestação de serviços públicos essenciais a todos os brasileiros. A igualdade que se busca é tanto a igualdade dos cidadãos em relação à prestação de serviços públicos, quanto à igualdade da capacidade de todos os membros da Federação na prestação destes mesmos serviços.⁵⁴ Podemos, inclusive, afirmar que estes fundamentos de igualdade perante os serviços públicos não se coadunam com a concepção dos chamados “serviços de interesse econômico geral”, mas com a noção material de serviço público desenvolvida pela doutrina brasileira.⁵⁵

Deste modo, a igualação das condições sociais de vida, em todo o território nacional, é a diretriz fundamental do nosso federalismo cooperativo. Esta homogeneização só é possível se os entes federados possuírem capacidade econômica e política para satisfazerem suas funções essenciais. Portanto, a igualação das condições sociais passa, necessariamente, pela igualação da capacidade dos entes federados. Busca-se, assim, um sistema federativo que responda às exigências de igualdade e solidariedade sem renunciar à sua própria estrutura federal.⁵⁶

O fundamento desta homogeneização é o princípio da solidariedade, cujo conteúdo constitucional essencial é a busca a homogeneidade social.⁵⁷ De acordo com a Constituição, o princípio da solidariedade exige o estabelecimento do equilíbrio econômico socialmente adequado e justo entre as várias regiões. A Constituição estabelece a interdependência entre o direito à autonomia e o princípio da solidariedade, ou seja, segundo González Encinar, autonomia e solidariedade são as duas faces da mesma moeda.⁵⁸

54 Jean ANASTOPOULOS, *Les Aspects Financiers du Fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979, pp. 316-317 e 331-332 e Rômulo ALMEIDA, “Sugestões para um Novo Modelo de Desenvolvimento do Nordeste” in *Nordeste: Desenvolvimento Social e Industrialização*, Rio de Janeiro/Brasília, Paz e Terra/CNPq, 1985, pp. 217-220.

55 Para a incompatibilidade entre as concepções de serviço público e de “serviço de interesse econômico geral”, embora defendendo, ao contrário de nossa opinião, o abandono do serviço público pelo “serviço de interesse econômico geral”, vide Antonio Troncoso REIGADA, “Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: El Caso del Servicio Público”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 57, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, setembro/dezembro de 1999, pp. 115-131 e 140-147.

56 Jean ANASTOPOULOS, *Les Aspects Financiers du Fédéralisme cit.*, pp. 314-315 e Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 379-381 e 553.

57 Sobre a solidariedade como princípio e programa constitucional, vide Uwe VOLKMANN, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1998, pp. 369-406.

58 José Juan González ENCINAR, *El Estado Unitario-Federal: La Autonomía como Principio Estructural del Estado*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 160-165.

A garantia da existência digna por meio da homogeneização social está, também, diretamente vinculada à democracia. Segundo Hermann Heller, a sobrevivência do regime democrático depende do êxito da relativa homogeneidade social, sob pena de se transformar em uma ditadura disfarçada dos setores privilegiados.⁵⁹ Além disto, com a falta de homogeneidade social, inúmeros setores da população já não mais se identificam na política e no Estado.⁶⁰ Para Heller, a homogeneização social não significa a supressão dos antagonismos da sociedade, mas que estes interesses antagônicos podem ser compostos e viabilizar a inclusão da população no processo democrático.⁶¹

A cidadania não se limita aos direitos de participação política, inclui, também, os direitos individuais e, fundamentalmente, os direitos sociais. A idéia de integração na sociedade é fundamental para a cidadania, o que não ocorre, segundo Marcelo Neves, nos países em que há sobreintegração e subintegração, como o Brasil.⁶² A igualação das condições sociais de vida, portanto, está intrinsecamente ligada à consolidação e ampliação da democracia. Além disto, é, também, a melhor forma de distribuição de renda integrada com a redução das desigualdades regionais, revitalizando o sistema federativo mediante a coordenação e cooperação de todas as esferas de poder.

59 Hermann HELLER, "Politische Demokratie und soziale Homogenität" in *Gesammelte Schriften*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 429-431. Vide também Friedrich MÜLLER, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie: Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 48-49 e 56. Este domínio dos setores privilegiados é definido, por Marcelo Neves, como sobreintegração, que utiliza a Constituição apenas na conformidade de seus interesses, ignorando-a quando limita sua esfera de atuação política ou econômica. Vide Marcelo NEVES, "Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente", *Dados - Revista de Ciências Sociais* vol. 37, nº 2, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1994, p. 261.

60 Marcelo Neves denomina esta situação de subintegração: os subintegrados não têm acesso aos direitos fundamentais e benefícios do ordenamento jurídico. Não é propriamente uma exclusão, pois estes setores têm deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho repressor do Estado. Vide Marcelo NEVES, "Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente" *cit.*, pp. 260-261. Vide também Friedrich MÜLLER, *Wer ist das Volk? cit.*, pp. 49-50 e Marcelo NEVES, *Grenzen der demokratischen Rechtsstaatlichkeit und des Föderalismus in Brasilien cit.*, pp. 61-68.

61 Hermann HELLER, "Politische Demokratie und soziale Homogenität" *cit.*, pp. 427-430. Vide também Friedrich MÜLLER, *Wer ist das Volk? cit.*, pp. 47-48.

62 Marcelo NEVES, "Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente" *cit.*, pp. 254-257 e 260.